

Wider das Recht auf Vergessen ... des Bundesverfassungsgerichts!

Marten Breuer

2019-12-02T17:43:46

Irgendwie ist es schon kurios, dass Johannes Masing, der 2012 in einem Beitrag für die Süddeutsche Zeitung angesichts des Kommissionsentwurfs zur späteren Datenschutz-Grundverordnung vor einem „Abschied von den Grundrechten“ (damit gemeint war: vom Grundrechtsstandard des deutschen Grundgesetzes) gewarnt hatte, im hier zu besprechenden Verfahren ausgerechnet Berichterstatter war. Ob er 2012 wohl ahnte, dass er sieben Jahre später an einer Entscheidung mitwirken würde, die das Verhältnis von deutschem und europäischem Grundrechtsschutz von Grund auf neu justieren würde? 2012 lesen wir hierzu, dass der Verordnungsentwurf der Kommission die „erst in den Anfängen steckende Bestimmung des Zusammenwirkens der Menschenrechtskonvention, der europäischen Grundrechte und der einzelstaatlichen Grundrechte sowie der Aufteilung der Kontrollbefugnisse vor große Herausforderungen“ stelle. Und weiter: „Möglicherweise bedarf es hier neuer und differenzierter Abgrenzungen und Absichtungen als bisher“. Wie wahr! Mittlerweile ist diese neue Abgrenzung und Absichtung – wiederum wenig überraschend: im Bereich des Datenschutzes – in Gestalt der Entscheidungen „Recht auf Vergessen I und II“ erfolgt, wobei sich die nachfolgenden Anmerkungen allein auf den zweiten Beschluss beziehen.

1. Relativ offen thematisiert das Bundesverfassungsgericht die Motivation, die der Entscheidung zugrunde liegt: Es geht um eine Vermeidung des Bedeutungsverlusts, der eingetreten wäre, hätte das Bundesverfassungsgericht im Bereich vollharmonisierten Unionsrechts daran festgehalten, Prüfungsmaßstab in Verfassungsbeschwerden seien allein die Grundrechte des Grundgesetzes (in diese Richtung auch der [VerfBlog-Beitrag von Kleinlein](#)). Strategisch gab es in dieser Konstellation für das Gericht nur zwei Optionen, den eigenen Bedeutungsverlust abzuwenden: entweder durch eine Reaktivierung des alten Solange-Vorbehalts, was angesichts der extrem hohen Hürden, die hierfür in der Bananenmarkt-Entscheidung aufgestellt worden waren, letztlich jeglicher Plausibilität entbehrte. Oder aber, als zweite Option, durch eine Erweiterung der im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde rügefähigen Rechte auf die Rechte der Grundrechtecharta. Diesen Weg hat das Bundesverfassungsgericht nun eingeschlagen.

Dogmatischer Aufhänger ist für das Gericht eine – angebliche – (Rechts-) „Schutzlücke“ (Rn. 61). Im Ausgangspunkt analysiert das Bundesverfassungsgericht dabei völlig zutreffend, dass die Ausgestaltung des Vorabentscheidungsverfahrens zu einer aus deutscher Sicht ungewöhnlichen Modifizierung des Rechtsschutzes in Grundrechtsangelegenheiten führt. Für den deutschen Verfassungsjuristen ist es eine Selbstverständlichkeit, dass im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde sowohl die gesetzliche Grundlage als auch deren Anwendung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden kann. Im Vorabentscheidungsverfahren hingegen kann der EuGH immer nur zur *Gültigkeit* von Sekundärrecht oder

zur *Auslegung* von (primärem oder sekundärem) Unionsrecht befragt werden, während die *Anwendung* des abstrakten rechtlichen Maßstabs auf den konkreten Fall Sache des vorlegenden Gerichts bleibt. In einem Szenario, in dem sich das Bundesverfassungsgericht auf eine Grundrechtskontrolle allein am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes beschränkt hätte, hätten die Fachgerichte in Fragen der Grundrechtsanwendung das letzte Wort gehabt – und dies, obwohl hier, bei der Abwägung divergierender Grundrechtsbelange, oftmals die eigentliche Musik spielt (Rn. 64 a.E.). Die Frage ist nur: Handelt es sich dabei um eine veritable Rechtsschutzlücke oder ist dies nicht schlicht die Konsequenz jener Verfahrensgestaltung, wie sie auf europäischer Ebene gewollt war oder zumindest hingenommen wurde? Man bedenke nur, dass durchaus nicht alle EU-Mitgliedstaaten über spezialisierte Verfassungsgerichte verfügen, für derartige Rechtsordnungen ist das letzte Wort der Fachgerichte also durchaus nichts Ungewöhnliches (geschweige denn eine Rechtsschutzlücke).

Die Antwort, die das Bundesverfassungsgericht hierauf gibt, lautet: „[E]ine wirksame Wahrnehmung der Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, wie vom Grundgesetz vorgesehen, erfordert, dass das Bundesverfassungsgericht auch den Fachgerichten gegenüber seine grundrechtsspezifische Kontrollfunktion wahrnehmen kann“ (Rn. 62). Hierzu eine Gegenfrage: Wäre ein verfassungsrechtlich unerträglicher, gar ein verfassungswidriger Zustand eingetreten, wenn das Bundesverfassungsgericht als *interlocutor* in Fragen der Grundrechtsanwendung bei vollharmonisiertem Unionsrecht ausgefallen wäre? Ich meine, nein. Das Grundgesetz garantiert bekanntlich im Allgemeinen keinen Rechtsschutz gegen den Richter. Verfassungsrechtlich verbürgt ist im Grundsatz eine *einmalige* gerichtliche Entscheidung. Gewährleistet wird der Zugang *zum* Gericht, ein Instanzenzug ist weder über Art. 19 Abs. 4 GG noch über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip garantiert. Eine Ausnahme hiervon statuiert Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG im Falle einer Urteilsverfassungsbeschwerde, hier steht für Grundrechtsfragen eine zusätzliche Instanz in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts offen. Der unmittelbare Zusammenhang mit den enumerativ aufgeführten grundrechtsgleichen Rechten (Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG) lässt dabei wenig Zweifel aufkommen, dass mit den „Grundrechten“ die in den Art. 1-19 GG garantierten Rechte gemeint gewesen sind.

Letztlich beruft sich das Bundesverfassungsgericht gar nicht auf die Interpretationsoffenheit des Begriffs „Grundrechte“ in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, sondern macht die ihm vom Grundgesetz verliehene Kontrollfunktion gegenüber den Fachgerichten geltend. Was hier ganz deutlich aufscheint, ist die Befürchtung des deutschen Verfassungsgerichts, im Dialog zwischen Fachgerichten und EuGH zu einem reinen Zaungast in Grundrechtsfragen zu werden. In Wahrheit ist es jedoch eine verfassungspolitische, keine verfassungsrechtliche Frage, ob das Bundesverfassungsgericht auch im Bereich vollharmonisierten Unionsrechts im Konzert der europäischen Gerichte mit einer eigenen Stimme vertreten sein soll. Dafür spricht in der Tat einiges, nicht zuletzt das weltweit hohe Ansehen unseres Verfassungsgerichts. Nur handelt es sich dabei eben um eine sehr voraussetzungsvolle und, wie wir noch sehen werden, auch mit weitreichenden Konsequenzen verbundene verfassungspolitische Entscheidung, zu der aus meiner

Sicht der verfassungsändernde Gesetzgeber weitaus eher aufgerufen gewesen wäre als das Verfassungsgericht selbst. Meines Erachtens wäre es wünschenswert, wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bei nächster Gelegenheit durch eine Klarstellung des Wortlauts in Art. 93 GG sowie BVerfGG zumindest nachträglich vom Parlament gebilligt würde. Durch eine Verfassungsänderung würde die Position des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem EuGH zusätzlich gestärkt werden, indem gerade für den hier interessierenden Bereich die vom Verfassungsgericht für sich in Anspruch genommene Rolle auch politisch mit verfassungsändernder Mehrheit unterfüttert würde.

Gewiss könnte man gegen die hier vorgetragene Argumentation einwenden, schon die Rücknahme der eigenen Prüfungsbefugnis durch das Bundesverfassungsgericht infolge der Solange II-Entscheidung sei im Wege einer Fortentwicklung der Rechtsprechung, nicht durch ein Dazwischentreten des (gar verfassungsändernden) Gesetzgebers bewirkt worden. Hatte diese Entscheidung nicht ganz ähnlich weitreichende Auswirkung auf das Grundrechtsgefüge wie die Entscheidung zum „Recht auf Vergessen II“? In der Tat waren die Auswirkungen ähnlich weitreichend. Aber die Ausgangslage war eine andere. Das Bundesverfassungsgericht hatte mit Solange I einen für den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gefährlichen Präzedenzfall gesetzt. Die Kommission hatte hierauf mit einer Voranfrage zu einem Vertragsverletzungsverfahren reagiert, welches dann allerdings nicht eingeleitet wurde. Insofern diente die Solange II-Entscheidung der Entschärfung einer Lage, die für das Gemeinschaftsrecht insgesamt Sprengkraft barg. Zudem entschied das Bundesverfassungsgericht in Solange II nicht *pro domo*, sondern räumte im Gegenteil dem EuGH Vorrang beim Grundrechtsschutz auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ein. Beim „Recht auf Vergessen II“ ist es genau andersherum: Die fehlende Involvierung des Bundesverfassungsgerichts in den Grundrechtsdialog auf europäischer Ebene ist aus unionsrechtlicher Sicht nicht problematisch, wenngleich mit dem Ausfall des deutschen Verfassungsgerichts natürlich ein wichtiger Gesprächsteilnehmer gefehlt hätte. Darüber hinaus ermächtigt sich das Bundesverfassungsgericht selbst zur Prüfung der Grundrechtecharta, entscheidet also *pro domo*.

Hierfür konnte sich das Bundesverfassungsgericht freilich auf einen anderen Präzedenzfall berufen. 2012 bereits hatte der österreichische Verfassungsgerichtshof in einem vergleichbaren Sinne entschieden (Rn. 50). Interessant ist allerdings zu beobachten, wie das österreichische Gericht seine Entscheidung begründete: Aus Sicht des Wiener Gerichtshofs ist die Erstreckung des Prüfungsmaßstabs auf die Rechte aus der Grundrechtecharta eine Konsequenz des unionsrechtlichen Äquivalenzprinzips, nach dem Motto: Wenn in rein nationalen Fällen eine Grundrechtskontrolle durch den VfGH möglich ist, muss Gleiches auch in Fällen mit unionsrechtlichem Bezug gelten. Bemerkenswerterweise hat das deutsche Bundesverfassungsgericht dieses (unionsrechtliche) Argument nicht aufgegriffen (der Begriff „Funktionsäquivalent“ in Rn. 59 meint nicht das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip), sondern rein verfassungsrechtlich argumentiert. Danach folgt die „Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts für die Unionsgrundrechte [...] aus Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit den grundgesetzlichen Vorschriften über die Aufgaben

des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Grundrechtsschutzes“ (Rn. 53). Im Unterschied zum Verfassungsgerichtshof, der die Prüfung am Maßstab der Chartarechte als ein Gebot des Unionsrechts auslaggt, aktiviert das Bundesverfassungsgericht Art. 23 Abs. 1 GG, um der eigenen Rolle die Weihen eines verfassungsrechtlichen Gebots zu verleihen. Etwas störend wirkt dabei freilich der Hinweis in Rn. 56, unmittelbar anwendbares Unionsrecht sei „von den nach der allgemeinen Gerichtsverfassung zuständigen Gerichten nach den Regeln der jeweiligen Prozessordnungen anzuwenden“. Der Sinn dieses Argument bleibt meines Erachtens unklar. Denn zum einen handelt es sich hier um ein aus dem Unionsrecht abgeleitetes Argument, während das Bundesverfassungsgericht doch eigentlich verfassungsrechtlich argumentieren will. Zum anderen bezieht sich der Hinweis auf das Unionsrecht insgesamt, nicht speziell auf die Grundrechtecharta.

2. Durchaus positiv fällt demgegenüber die Sensibilität auf, mit der das Bundesverfassungsgericht die (künftige?!) eigene Rolle im europäischen Grundrechtskonzert beschreibt. Hier ist keine Rede von einem deutschen Grundrechtsabsolutismus, nach dem Motto: „Am deutschen Grundrechtswesen soll die Welt (oder jedenfalls die Europäische Union) genesen“. Stattdessen macht schon allein die für sich genommen ungewöhnliche, mehrfache Zitierung ausländischer Verfassungsgerichtsentscheidungen (Verfassungsvergleichung als fünfte Auslegungsmethode?!) deutlich, dass sich das Bundesverfassungsgericht ein Stück weit zurücknimmt. Wörtlich heißt es hierzu in der Entscheidung: „Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Grundrechtecharta, soweit, bezogen auf vollvereinheitlichtes Unionsrecht, ein in allen Mitgliedstaaten gleicher Grundrechtsschutz gelten soll, gerade dem Grundgesetz anschließt und sich in den Einzelheiten mit dem hiernach ins Werk gesetzten Grundrechtsschutz deckt“ (Rn. 45). Das verdient Zustimmung und lässt erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht einer Modifizierung des eigenen Grundrechtsstandards durchaus offen gegenübersteht.

Andererseits zeigt die Entscheidung in der Sache aber, dass das Verfassungsgericht nicht jegliche Relativierung des deutschen Grundrechtsstandards hinzunehmen bereit ist. Die in der Tat überschießende Formulierung des EuGH aus dem *Google Spain*-Urteil im Sinne eines generellen Vorrangs des Persönlichkeitsschutzes vor den Informationsinteressen der Öffentlichkeit wird vom Bundesverfassungsgericht zurechtgerückt (Rn. 120) – ob die Vorlage an den EuGH dabei zu Recht unterblieb (Rn. 141), steht auf einem anderen Blatt.

Positiv zu würdigen ist weiterhin, wie klar sich das Bundesverfassungsgericht (abermals) zur eigenen Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV bekennt (Rn. 69 a.E.). Nicht ohne gewisse Ironie sind die Fälle, in denen das Verfassungsgericht eine Ausnahme von der Vorlagepflicht gemäß der *Acte clair*-Doktrin annimmt: Geht es von einer Offenkundigkeit der Auslegung doch auch in Fällen aus, in denen die Auslegung infolge der Rechtsprechung des EGMR – nicht des EuGH! – als geklärt gelten kann. Das ist vor dem Hintergrund des Art. 52 Abs. 3 GRC verständlich, wird aber in Luxemburg vermutlich gleichwohl ein gewisses Stirnrunzeln bei den die Autonomie des Unionsrechts betonenden EuGH-Richtern hervorrufen. Der

österreichische Verfassungsgerichtshof hatte 2012 übrigens schon genauso argumentiert (dort Rn. 5.7).

3. „Kollateralschaden“ der Neuausrichtung der Grundrechtskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ist die Rechtsprechung zum Entzug des gesetzlichen Richters. Auch wenn sich das Verfassungsgericht mit Blick auf das Unionsrecht nie so klar wie etwa im Falle der EMRK (*Görgülü*-Entscheidung, Rn. 32) dazu geäußert hat, dass dieses nicht Prüfungsmaßstab im Verfassungsbeschwerdeverfahren sei, basierte die gesamte Konstruktion über Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG doch erkennbar auf der Prämisse, dass die Unionsgrundrechte als solche vor dem Bundesverfassungsgericht nicht rügefähig seien. Warum sonst hätte es des Umwegs über den gesetzlichen Richter bedurft?

Das Bundesverfassungsgericht hält nun an dieser Rechtsprechung fest, bestätigt auch (meines Erachtens zu Recht) den Vertretbarkeitsmaßstab (Rn. 74), deutet aber zugleich an, dass es im Bereich der Grundrechts*anwendung* nunmehr selbst letztinstanzlich entscheidendes Gericht i.S.d. Art. 267 Abs. 3 AEUV sei (Rn. 72 ff.). Die damit mutmaßlich einhergehende Verlagerung der Vorlageverpflichtung von den letztinstanzlich entscheidenden Fachgerichten hin zum Bundesverfassungsgericht (Rn. 73) dürfte aus Sicht des Unionsrechts unschädlich sein, da die Fachgerichte ja nach wie vor zur Vorlage berechtigt sind (gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV). Ein Eingriff in die dialogische Beziehung zwischen EuGH und nationalen Gerichten ist insoweit also nicht zu besorgen. Deutlich wird allerdings, dass die Rechtsprechung zum Entzug des gesetzlichen Richters insoweit eine Einschränkung erfährt, als bei Nichtvorlagen durch Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht usw. mangels Vorlagepflicht ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Bereich der Grundrechtsanwendung (aber auch nur hier: bei sonstigen unionsrechtlichen Fragen bleiben die Gerichte vorlageverpflichtet, Rn. 75!) von vornherein ausscheidet. Stattdessen ist nun der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht eröffnet, freilich mit der Beschwer des Annahmeverfahrens.

4. Insgesamt positioniert sich das Bundesverfassungsgericht als meinungsstarker Akteur im europäischen Verbund der Verfassungsgerichte. Auch wenn aus hiesiger Perspektive eine Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers vorzugswürdig vor der nur mit Mühe kaschierten Rechtsfortbildung in eigener Sache gewesen wäre, verdient die Entscheidung inhaltlich Zustimmung. Ihre volle Tragweite wird sich dabei vermutlich erst in etlichen Jahren zeigen. Mit dem Beschluss zum „Recht auf Vergessen II“ ist das Bundesverfassungsgericht jedenfalls zurück auf der europäischen Bühne.

